

**HRRS-Nummer:** HRRS 2013 Nr. 898

**Bearbeiter:** Christian Becker

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2013 Nr. 898, Rn. X

---

**BGH 5 StR 248/13 - Urteil vom 20. August 2013 (LG Hamburg)**

**Rechtsfehlerhafte Strafzumessung (Rückgabe der Asservate als bestimmender Milderungsgrund; Berücksichtigung der Untersuchungshaft).**

**§ 46 StGB**

**Entscheidungstenor**

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 18. Januar 2013, soweit es den Angeklagten J. betrifft, im Strafausspruch aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen (Taten 1 a bis 1 d), unerlaubten Besitzes einer Schusswaffe in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Munition (Tat 2 a), Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte (Tat 2 b) sowie wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln (Tat 2 c) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Die zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte, auf die Sachrüge gestützte, wirksam auf den Strafausspruch beschränkte und vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg. Einen den Angeklagten benachteiligenden Rechtsfehler (§ 301 StPO) hat die Prüfung nicht ergeben. 1

1. Der Strafausspruch hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Das Landgericht hat bei der Wahl der Strafrahmen, der Bemessung der Einzelstrafen sowie der Bildung der Gesamtstrafe zugunsten des Angeklagten gewertet, dass dieser "auf die Rückgabe der Asservate verzichtet hat" (UA S. 20, 21 und 23). Dem Senat ist die Prüfung verwehrt, ob der genannte Umstand als bestimmender Milderungsgrund angesehen werden durfte. Denn das Urteil teilt nicht mit, welche Gegenstände im Verfahren asserviert worden sind, wem diese zustehen und welchen Wert sie haben. Soweit es sich dabei um das sichergestellte Marihuana sowie den Revolver nebst Munition gehandelt haben sollte, wäre deren Einziehung ohnehin möglich - und unerlässlich - gewesen (§ 33 Abs. 2 Satz 1 BtMG, § 54 Abs. 1 Nr. 1 WaffG). 2

In gleicher Weise hat das Landgericht die erlittene Untersuchungshaft für sich genommen strafmildernd berücksichtigt. 3 Eine solche ist jedoch regelmäßig für die Strafzumessung ohne Bedeutung, denn sie wird nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB grundsätzlich auf die zu vollstreckende Strafe angerechnet (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2010 - 2 StR 102/10, NStZ 2011, 100). Aber auch wenn - wie hier - eine Freiheitsstrafe deshalb zur Bewährung ausgesetzt wird, weil der Angeklagte durch den Vollzug der Untersuchungshaft hinreichend beeindruckt ist und besondere Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB bejaht werden, verbietet sich eine zusätzliche mildernde Berücksichtigung bei der Bemessung der Strafhöhe (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2006 - 2 StR 34/06, NJW 2006, 2645; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 5. Aufl., Rn. 742 Fn. 475). Zusätzliche, den Angeklagten besonders beschwerende Umstände des Haftvollzuges, die zu dessen Gunsten hätten gewertet werden dürfen, lassen sich dem Urteil nicht entnehmen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 29. Oktober 2008 - 5 StR 456/08, StV 2009, 80).

2. Der Senat kann nicht ausschließen (§ 337 Abs. 1 StPO), dass das Landgericht bei rechtsfehlerfreiem Vorgehen andere Strafen festgesetzt hätte. Die danach erforderliche Aufhebung der Einzelstrafen zieht diejenige des Gesamtstrafenausspruchs nach sich. Da es sich lediglich um Wertungsfehler handelt, können die Feststellungen bestehen bleiben und um ihnen nicht widersprechende ergänzt werden. 4

3. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin: 5

Sollte einem Geständnis des Angeklagten im Fall 1 d bei insgesamt unveränderter Beweissituation "aufgrund der 6

schlechteren Beweislage" wiederum "ein besonders Gewicht" (UA S. 20) zugemessen werden, bedürfte dies ausführlicherer Begründung.

Sofern sich die Frage der Aussetzung der Gesamtstrafe zur Bewährung erneut stellen sollte, dürfte hierbei die erlittene 7  
Untersuchungshaft in die Gesamtabwägung eingestellt werden. Dabei wäre jedoch zu berücksichtigen, dass der Angeklagte zuvor schon einmal zwei Jahre und acht Monate Jugendstrafe hat verbüßen müssen. Zu bedenken wäre auch die Fortsetzung der Tatserie ungeachtet zwischenzeitlicher vorläufiger Festnahme.